

Tema del Mes

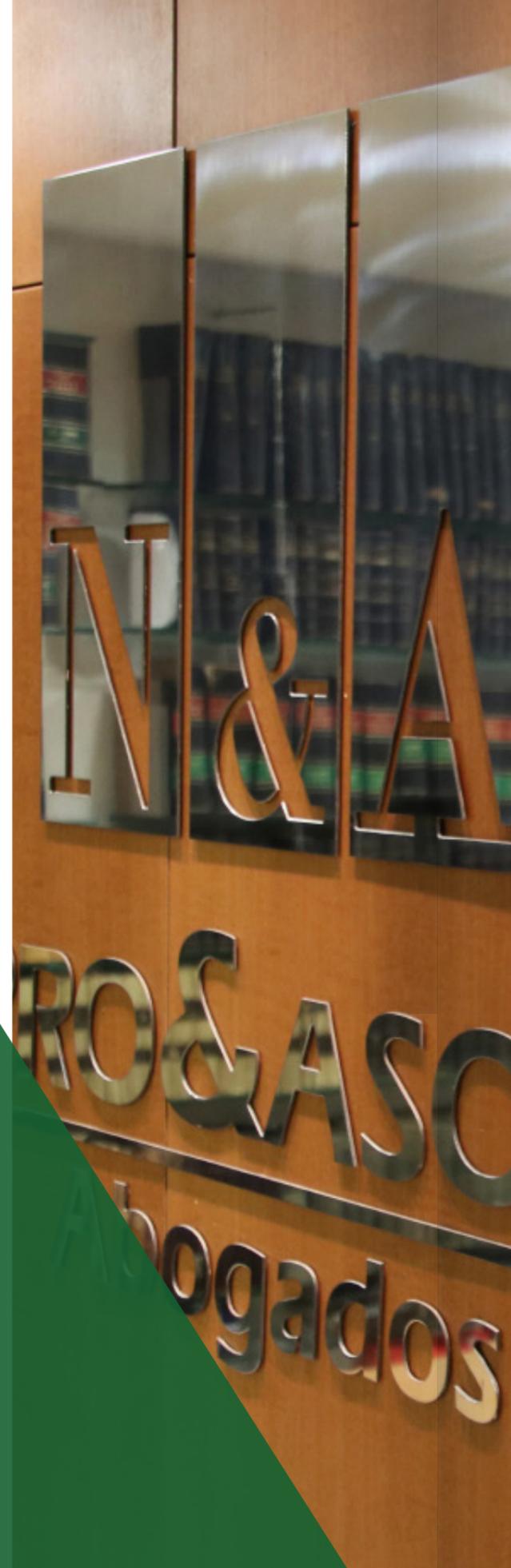
LAS “AUTOBAJAS” Y LA DECLARACIÓN RESPONSABLE

Enero 2024

Tema del Mes
Lucía García Viguera

Comentario de Jurisprudencia
Marina Caballero Casañ





ÍNDICE

TEMA DEL MES	1-4
Las “autobajas” y la declaración responsable	
NOTICIAS DE ACTUALIDAD	5-6
COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA	7-10
El TS determina que la nulidad del despido de una trabajadora embarazada no implica automáticamente la indemnización adicional por discriminación	
SENTENCIAS DE INTERÉS	11-12

Recientemente, se ha puesto sobre la mesa una medida, a propuesta del Ministerio de Sanidad, que, ante situaciones de epidemias y rebrotes por gripe y diversos virus respiratorios, las personas trabajadoras puedan “auto declararse” de baja médica durante tres días, bajo declaración responsable, con el propósito de descongestionar los centros

TEMA DEL MES

LAS “AUTOBAJAS” Y LA DECLARACIÓN RESPONSABLE

de salud, principalmente los de Atención Primaria. Pese a estar integrado inicialmente en el borrador por el que se abordaba la alta incidencia de los virus respiratorios, finalmente no parece que se trate de una medida que se vaya a aprobar de forma inmediata. No obstante, no ha sido descartada y todo apunta a que terminará aprobándose de una forma u otra.

Esta medida no resulta del todo novedosa. Ya durante la pandemia de la covid-19, a cuenta de los rebrotes de la variante Ómicron, algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Madrid, establecieron un procedimiento especial por el cual, aquellos que aportasen un test PCR o antígenos positivo, podían pedir el parte de baja.



La “autodeclaración” se aplica en países como Reino Unido, Alemania, Suecia y Portugal. En Reino Unido, por lo general, hay un máximo de 7 días en los que el trabajador no debe demostrar que está enfermo. En Alemania, durante la pandemia, o en casos de rebrotes de infecciones respiratorias, se instauró la “baja telefónica”, no siendo así necesario acudir al centro de salud para una revisión presencial. En Suecia, se podría llegar a faltar hasta 5 días sin contar con la baja laboral, a través de la declaración responsable de la persona trabajadora. Portugal ha sido el último país en introducir la medida, en mayo de 2023, a través de la cual la persona trabajadora puede ausentarse del trabajo por enfermedad, bajo declaración responsable un máximo de 3 días consecutivos y con un límite de hasta dos veces al año.

El propósito iría enfocado a que ante aquellas situaciones que puedan considerarse como “enfermedad leve”, la persona trabajadora pueda auto diagnosticarse, sin necesidad de acudir a su centro de salud. No obstante, se trata de una medida que innegablemente despierta varias dudas:

La primera de ellas recae sobre la remuneración. En principio, parece ser que, durante esos tres días, la persona trabajadora no percibiría ningún tipo de contraprestación económica, ni por parte de la Seguridad Social, ni por parte de la empresa, a no ser que por Convenio Colectivo se regulase algo diferente. O que, excepcionalmente, como ocurrió con la covid-19, la enfermedad se asimilase a un accidente de trabajo, con lo que se tendría derecho a la prestación económica desde el primer día.

La segunda, ¿cabría el autodiagnóstico a través de declaración responsable en cualquier situación? La idea está enfocada para situaciones excepcionales para aquellos momentos en los que la incidencia por gripe o enfermedades respiratorias sea mayor.

No deja de ser una medida que ha levantado muchas críticas y opiniones, tanto por parte la parte social como de la parte empresarial, por su afectación directa en el día a día al mundo laboral. Los primeros, reclaman su participación en la elaboración de la medida, ya que indiscutiblemente su implantación debería traer consigo una reforma en la normativa laboral actual. De la misma forma

que critican que antes de hacerla pública, se debería haber llevado a la mesa del diálogo social. Por la parte empresarial, preocupa que los niveles de absentismo se disparen y también los costes que puedan generarse por la falta de productividad y la cotización durante los 3 días que la persona trabajadora se auto declara en situación de baja laboral. De la misma forma que se plantean otras alternativas razonables para este tipo de situaciones excepcionales en el que el sistema sanitario pueda verse saturado, como una mejora en las videoconsultas, y en la digitalización de los servicios públicos, de forma que el médico o médica correspondiente pudiera emitir el parte de baja de forma ágil. Al igual que una mayor cooperación entre sanidad pública y privada.

Lo razonable sería encontrar el equilibrio entre lo sanitario y lo empresarial, en situaciones en las que se pueda contar con índice elevado de contagios por lo que la puesta en marcha de esta medida fuera necesaria, como por ejemplo, para aquellos casos en los que la tasa de incidencia sea superior a un determinado porcentaje, y matizar la medida en tanto si a posteriori sería necesario contar con el parte de baja o no, teniendo igualmente presente los elevados datos de absentismo por otros motivos con los que cuenta España a nivel general, actuando de forma coordinada con el Ministerio de Trabajo y con el de Seguridad Social.

Tema del mes
Lucía García
Abogada



ACTUALIDAD

PACTO PARA AUMENTAR EL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL



El pasado 12 de enero el Ministerio de Trabajo y Economía Social informó de que había alcanzado un acuerdo con las organizaciones sindicales para elevar la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) en un 5% de la cantidad, y por tanto, hasta los 1.134 euros en 14 pagas. El acuerdo alcanzado ha dejado de lado a la patronal, a quien el Ministerio de Trabajo había advertido que, de no llegarse a un acuerdo para una subida del 4%, la subida sería mayor.

El incremento acordado con las organizaciones sindicales se aplicará con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2024.

SEGURIDAD SOCIAL ACLARA EL DISFRUTE DEL PERMISO PARENTAL



Por fin, más de seis meses después de la introducción del permiso parental de ocho semanas en el Estatuto de los Trabajadores, la Seguridad Social, vía Boletín del Sistema RED (BNR 2/2024) ha clarificado el disfrute de dicho permiso y cómo tienen que tramitar las empresas el mismo.

Si bien con el criterio de la DGOSS se aclara que durante el disfrute a tiempo completo deberá mantenerse el alta y la cotización respecto de la persona trabajadora y que la identificación de estas situaciones se realizará a través del valor 20-Permiso parental tiempo completo del campo "tipo de inactividad"; nada se ha especificado con respecto a su disfrute a tiempo parcial cuyo desarrollo reglamentario aún sigue pendiente.

INFORME DE LA OIT PARA PREVENIR Y COMBATIR LA VIOLENCIA Y ACOSO EN EL ÁMBITO LABORAL



El pasado 22 de enero de 2024, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) presentó el informe "Preventing and Addressing Violence and Harassment in the World of Work through Occupational Safety and Health Measures" según el cual más de una de cada cinco personas empleadas ha sufrido violencia y acoso.

El informe incide mucho en que los marcos de Seguridad y Salud en el Trabajo son fundamentales para combatir las situaciones de violencia y acoso en el ámbito laboral, y deben basarse en la cooperación en el lugar de trabajo y el diálogo social, para movilizar tanto a empleadores como a personas trabajadoras para crear entornos laborales libres de violencia y acoso.

PRÓXIMAS LÍNEAS DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO DE TRABAJO



Yolanda Díaz, ministra de Trabajo, presentó el pasado 23 de enero de 2024 en el Congreso de los Diputados las líneas de actuación de Trabajo para la XV legislatura, centrándose en la reducción de la jornada laboral, la modificación de algunos aspectos del despido e impulsar un nuevo Estatuto de los Trabajadores.

Con respecto a la regulación del despido, pretende impedir el despido automático tras una invalidez sobrevenida, alineándose a la Carta Social Europea. Para la posible reducción del tiempo de trabajo hasta llegar a las 37,5 horas habrá que estar al resultado de la Mesa de Diálogo que arrancó el pasado 25 de enero.

DEROGADA LA MEJORA DEL PERMISO DE LACTANCIA



Aunque en el mes de diciembre se habló en todos los medios de la mejora del permiso de lactancia, el pasado 12 de enero se publicó en BOE la resolución de 10 de enero de 2024 del Congreso de los Diputados por la que se deroga el Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre, al no haber conseguido los apoyos necesarios en el Congreso.

Entre otros puntos, el RD-ley derogado regulaba la mejora del permiso de lactancia al establecer que no era necesario para el disfrute de la lactancia acumulada que lo regulase expresamente el convenio o que hubiese acuerdo con la empresa; dejando sin efecto esta mejora, se vuelve a la anterior redacción y, por tanto, a los "términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con la empresa".

DECLARADO INDEFINIDO UN CONTRATO DE PRÁCTICAS POR FALTA DE NOMBRAMIENTO DE TUTOR Y PLAN DE FORMACIÓN



El Juzgado de lo Social núm. 6 de Oviedo se pronunció en su sentencia núm. 244/2023 con respecto a los requisitos que introdujo la Reforma Laboral (RD-ley 32/2021) en los contratos de formación y, más concretamente, sobre el nombramiento de tutor y plan de formación.

Así, valorando la situación en concreto, no habiéndose designado en el contrato de trabajo un tutor, ni tampoco habiéndose incluido en el mismo el plan formativo y contenido de las prácticas, concluye que la consecuencia para ello es considerar conforme al Art. 11.4 h) del ET el contrato celebrado en fraude de ley y por tanto, concertado como contrato indefinido de carácter ordinario, por haber incumplido la empresa las obligaciones legalmente establecidas.

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

EL TS DETERMINA QUE LA NULIDAD DEL DESPIDO DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA NO IMPLICA AUTOMÁTICAMENTE LA INDEMNIZACIÓN POR DISCRIMINACIÓN

Marina Caballero Casañ



La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictó el pasado 12 de diciembre de 2023 Sentencia número 1148/2023 (rec. 5556/2022), en unificación de doctrina, en la que se analiza si la declaración de nulidad del despido de una trabajadora embarazada comporta automáticamente o no la vulneración de un derecho fundamental y, en consecuencia, debe llevar siempre aparejada una indemnización adicional.

Para ello el Tribunal Supremo analiza dos sentencias, la recurrida en casación y la de contraste, que, si bien ambas declaran la nulidad del despido de una mujer embarazada por no entenderse que el despido era procedente, la sentencia que se recurre basa la nulidad en la causa objetiva de nulidad prevista en nuestro

ordenamiento por el hecho de encontrarse embarazada la trabajadora, mientras que la sentencia de contraste considera que solo la protección que otorga la nulidad no es suficiente (readmisión y salarios dejados de percibir desde el despido) y que, como consecuencia debe llevar aparejada una indemnización reparadora del daño derivado de la vulneración de un derecho fundamental.

La parte fundamental y principal de esta Sentencia del Tribunal Supremo que se analiza, es una distinción entre los dos supuestos de nulidad de despido existentes en nuestro ordenamiento jurídico laboral,

separando el primer apartado del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores en el que se prevé la nulidad del despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora, de las siguientes causas de nulidad del despido entre las que se encuentra el de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión por maternidad.



Esta distinción la realiza el Tribunal Supremo para poner de manifiesto que, de no existir la previsión concreta de nulidad del despido de una mujer embarazada, este tipo de despidos podrían calificarse como procedentes o improcedentes, siempre y cuando no vulnerasen un derecho fundamental, pero, la enumeración del despido de embarazadas como causa concreta y adicional, supone que se entienda como una causa objetiva de nulidad, separada de la previsión genérica del primer apartado del artículo 55.5 que trata los despidos con vulneración de derechos fundamentales. Además, esta nulidad objetiva del despido de una trabajadora embarazada, como se ha indicado ya por nuestro Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, opera con independencia de

que el empleador tuviera o no conocimiento del embarazo en el momento del despido, siendo una garantía automática que otorga protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio.

Ahora bien, el Tribunal Supremo acaba señalando que, como el despido de una embarazada es nulo por ser un motivo específicamente recogido en el segundo apartado del artículo 55.5 y de formarse separada e independiente al primer apartado en el que se prevé el despido como nulo cuando vulnera un derecho fundamental, son dos aspectos diferenciados, por lo que debe valorarse de forma estanca la nulidad, por un lado, y la discriminación o no por otro, cuando se trata del despido de una mujer embarazada.



Es decir, el despido de la trabajadora embarazada que no sea declarado procedente será nulo con independencia de que hubiera o no una intención discriminatoria por parte del empleador, o lo que es lo mismo, el hecho de que el despido de la trabajadora embarazada sea nulo en virtud del segundo apartado del artículo 55.5, no excluye que también sea de aplicación el primer supuesto de nulidad recogido, si se estima que ha habido discriminación.

Como consecuencia de ello, el Tribunal Supremo sostiene que, la calificación de un despido como nulo por encontrarse la trabajadora embarazada, no supone automáticamente que con el despido se haya lesionado el derecho fundamental a no discriminación por razón de sexo, o el derecho al respeto a la vida privada y familiar o el derecho a la intimidad familiar, sino que es necesario aportar indicios que permitan conectar causalmente la decisión del empresario de extinguir el contrato de trabajo con el embarazo de la trabajadora despedida. Siendo, por ende, la intencionalidad discriminatoria, un elemento básico que debe apreciarse para que el despido nulo de una trabajadora embarazada lleve aparejada una indemnización por vulneración de derechos fundamentales.

Por último, el Tribunal Supremo recuerda que la obligación de probar que la decisión de extinguir la relación laboral responde a causas ajenas a la lesión de un derecho fundamental de la trabajadora, en concreto, a la no discriminación por razón de sexo, corresponde a la empresa demandada. Por ello, es la empresa que ha despedido a la trabajadora embarazada quien deberá aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, del motivo de la extinción para que el despido disciplinario sea declarado procedente, o, por el contrario, no pudiendo salvar la procedencia y, por lo tanto, abocados a la

declaración de nulidad del despido, deberá tratar de probar que con su comportamiento no ha provocado la vulneración de ningún derecho fundamental de la trabajadora, o, incluso, tratar de demostrar que existía una circunstancia de entidad suficiente para justificar el acto del despido que excluya cualquier sospecha de trato discriminatorio.

En resumen, el mero hecho de que se declare nulo el despido de una mujer embarazada no implica que el despido haya supuesto una vulneración de un derecho fundamental y que, como consecuencia deba llevar aparejada una indemnización adicional por dicha vulneración, pero, en caso de que la trabajadora despedida alegue la discriminación, será cometido del empleador demostrar que en sus actos no hay indicio alguno de discriminación, siendo, en consecuencia, decisión final del juez determinar si ha habido discriminación en el caso concreto o no, dado que la discriminación no es un rasgo que se entienda automático por el mero hecho de declararse nulo el despido de una mujer embarazada.

Comentario de jurisprudencia
Marina Caballero
 Abogada



SENTENCIAS DE INTERÉS

LOS PERMISOS NO CAUSALES DEBEN DISFRUTARSE EN PROPORCIÓN AL TIEMPO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS (TIEMPO EN ERTE)

TS 969/2023, DE 14 DE NOVIEMBRE

El Tribunal Supremo ha concluido que los permisos no causales (en el caso enjuiciado, un permiso de seis días por asuntos propios previsto en el convenio colectivo de aplicación, sin regla específica al respecto) deben disfrutarse en proporción al tiempo de prestación de servicios. En base a lo cual, corresponde descontar el tiempo en que las personas trabajadoras han permanecido en ERTE.

Así, afirma la Sala que, razonando según el TJUE y su principio de proporcionalidad

ya aplicado en otros asuntos, si el contrato de trabajo está suspendido por un ERTE durante parte del año, el periodo de tiempo de no suspensión, durante el cual se pueden producir las incidencias puntuales que motiven el permiso de asuntos propios, es menor, y en consecuencia, el número de días de asuntos propios debe ser proporcional a dicho lapso laboral. La aplicación del principio de proporcionalidad obliga a disminuir el número de días de asuntos propios.

EMPRESA CONDENADA A INDEMNIZAR A UN SINDICATO CON MÁS DE 73.000 EUROS POR OBSTACULIZAR EL PLAN DE IGUALDAD

AN 126/2023, DE 17 DE NOVIEMBRE

La Audiencia Nacional estimó la demanda instada por vulneración del derecho fundamental de libertad sindical por una empresa que obstaculizó de forma reiterada la negociación y elaboración del Plan de Igualdad.

En la sentencia, la Audiencia no solo condena a la empresa a la cesación inmediata de la conducta constitutiva de tal vulneración y que dificultaba la negociación del Plan de Igualdad a través de la no aportación de la documentación preceptiva para la realización del diagnóstico, sino que

además, se condena a la infractora a abonar al sindicato en concepto de daños y perjuicios las cantidades de: 73.000 euros por el plazo transcurrido desde la fecha final para la aprobación del Plan de Igualdad y la fecha de interposición de la demanda, 108,51 euros/día por cada día desde la interposición de la demanda hasta la resolución y 144,68 euros/día por aquellos que transcurran desde la sentencia y hasta que se concluya el periodo de negociación y se apruebe el definitivo Plan de Igualdad.

DESPIDO PROCEDENTE DE UN RESPONSABLE DE SUPERMERCADO POR COMPRAR PRODUCTOS A UN PRECIO INFERIOR AL DE MERCADO

TSJR 151/2023, DE 4 DE DICIEMBRE

En el caso en cuestión, el TSJ de La Rioja ha entrado a valorar si el despido disciplinario de un responsable de un supermercado por realizar compras de productos a precio inferior al de mercado, contraviniendo la política corporativa implantada en la compañía, era o no ajustado a derecho. En concreto, la empresa le imputa dos faltas laborales muy graves tipificadas en el Convenio Colectivo por el fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas y la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

La Sala mantiene la procedencia del despido al considerar que los hechos revisten la suficiente gravedad como para justificar el mismo, a la vista de que el motivo del despido fue la adquisición en reiteradas ocasiones para sí y sus familiares productos no habilitados previamente como de promoción con su correspondiente etiquetado y ubicación en el espacio, que es para lo que estaba facultado, por un precio inferior al de venta tasado, valiéndose de ello el actor (propiciando un beneficio económico personal) y de que no estaba sometido a control por superior jerárquicos.

PERMISO DE CINCO DÍAS POR ENFERMEDAD U HOSPITALIZACIÓN ¿DÍAS HÁBILES O NATURALES?

AN, DE 25 DE ENERO

Tras la entrada en vigor del RD-Ley 5/2023, el cual incrementó el permiso por enfermedad, hospitalización o intervención quirúrgica de un familiar de dos a cinco días, existía la gran duda acerca de si se trataba de un permiso en días naturales o hábiles.

Pues bien, la Audiencia Nacional, señala que si bien es cierto que el artículo 37.3 b) del ET nada dice sobre la naturaleza natural hábil de los días del permiso en él establecido, no puede olvidarse que es fruto de transposición a nuestro

ordenamiento de la Directiva 2019/1158. En el texto de la directiva, refiere claramente, así señala la Audiencia, que los “Estados deben garantizar un permiso de cinco días “laborables”. Así, si bien la norma española en la transposición solo ha establecido el parámetro cuantitativo (cinco días), ello no impide concluir que los días de este permiso traspuesto deben ser considerados hábiles y, a mayores, respecto al posible margen de configuración, la Directiva tampoco otorga a los Estados miembros la facultad de elegir si los días son hábiles o naturales.

¡Gracias!

Si desea recibir esta y otras publicaciones por email, o por el contrario desea darse de baja de nuestro sistema, por favor póngase en contacto con el departamento de Comunicaciones de Navarro & Asociados Abogados mandando su solicitud a **info@bnya.es** o **comunicaciones@bnya.es**

Redacción Noticias y Sentencias
Laura Tudela Serna

Maquetación Y Diseño de la Revista
Mar Navarro Suria

NAVARRO&ASOCIADOS
Abogados

VALENCIA
Marqués del Turia, 13 - 1º
46005 Valencia
Tel. 96 351 71 19
Fax 96 352 87 29
valencia@bnya.es

BARCELONA
Diagonal, 405 bis - 1º
08008 Barcelona
Tel. 931621448
Fax 931621446
barcelona@bnya.es

MADRID
Lagasca, 56 - 1º
28001 Madrid
Tel. 91 559 91 12
Fax 91 541 70 84
madrid@bnya.es

BILBAO
Henaonº 11 - 1º
48009 Bilbao
Tel. 94 424 34 26
Fax 94 424 35 52
bilbao@bnya.es

PALMA MALLORCA
Mateu Enric Lladó, 5-3ºE
07002 Palma Mallorca
Tel. 971 72 79 53
Fax 971 46 61 81
pmallorca@bnya.es